



Brugge

College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

L'autorisation inconditionnelle en phase II de l'imperfection du règlement 139/2004

Jean Sentenac



DEPARTMENT OF
EUROPEAN LEGAL STUDIES

Research Paper in Law

04 / 2013



College of Europe
Collège d'Europe



European Legal Studies

RESEARCH PAPERS IN LAW

4/2013

Jean Sentenac

L'autorisation inconditionnelle en phase II De l'imperfection du règlement 139/2004

© *Jean Sentenac*, 2013

European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques

Dijver 11 | BE-8000 Brugge, Belgium | Tel. +32 (0)50 47 72 61 | Fax +32 (0)50 47 72 60

E-mail law.info@coleurope.eu | www.coleurope.eu

L'autorisation inconditionnelle en phase II

De l'imperfection du règlement 139/2004

Jean Sentenac*

I. INTRODUCTION

Le contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne est caractérisé par le délicat compromis entre l'impératif de rapidité du monde des affaires et la nécessité de protéger les consommateurs contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises. Il peut cependant arriver que cette recherche d'un contrôle le plus efficient possible soit paradoxalement contre-productive en ce qu'elle retarde sans raison la réalisation de l'opération de concentration.

En effet, le passage à la seconde phase de l'examen de la concentration supposant que celle-ci soulève certains problèmes concurrentiels, il faut s'attendre à ce que son autorisation se fasse au prix d'engagements qui n'auraient pas été soumis ou acceptés à l'occasion de la phase I. Toutefois, une étude des décisions adoptées par la Commission¹ laisse apparaître l'existence de décisions d'autorisation simple adoptées en phase II.²

Une tendance semble se dégager des chiffres publiés par la Commission allant vers une augmentation de ce type de décision. Si l'immense majorité – aux alentours de 90%³ – des décisions est constituée d'autorisations (simples ou assorties d'engagements) en phase I, une partie des opérations nécessite un examen en phase II.⁴ Parmi ces décisions adoptées au cours de la seconde phase, une minorité fait alors l'objet d'une autorisation simple. Il ne s'agit cependant pas de cas à la marge. Nous avons, en effet, vingt-six décisions⁵ d'autorisation simple en phase II adoptées sur la base de l'ancien règlement 4064/89⁶ entre 1990 et 2004 et vingt-six décisions depuis lors prises sur la base du règlement 139/2004.⁷ Une augmentation

* Promotion Marie Skłodowska-Curie 2011-2012, Collège d'Europe. Cet article reprend la thèse écrite sous la direction de Monsieur le Professeur Art à l'occasion du séminaire «Contrôle des concentrations».

¹ Statistiques publiées par la DG Concurrence, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

² Nous utiliserons aussi le terme « décision article 8 §1 », en relation avec l'article du règlement 139/2004, afin de désigner ce type de décision. Précisons qu'il s'agit juridiquement de déclarations de compatibilité rendues par la Commission.

³ *Ibid.* Les notifications simplifiées sont incluses.

⁴ Il s'agit des décisions article 6 §1 (c), préc. note 1.

⁵ Vingt-sept si l'on compte les deux décisions rendues par la Commission à l'occasion de la concentration *Sony/BMG* suite à l'annulation prononcée par le Tribunal.

⁶ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO L 395 du 30 décembre 1989, p. 1.

⁷ Préc. note 1.

du nombre de décisions « article 8§1 » se dessine alors. En effet, il y eut quatre décisions en 2006, cinq en 2007 et neuf en 2008. L'année 2011 comptabilise quant à elle quatre décisions. Seules les années 2009, 2010 et 2012 semblent marquer un repli de cette tendance.⁸

Il est vrai que le règlement 139/2004⁹ confère le pouvoir à la Commission d'adopter des décisions d'autorisation au cours de la seconde phase sans les assortir d'engagements. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un type de solution s'adaptant difficilement à la logique du contrôle des concentrations dans l'Union européenne. Un chaînon semble en effet manquer au système : la phase I est réservée aux cas ne soulevant pas de réel problème tandis que la seconde phase est l'attribut des cas sensibles. Il est alors surprenant de voir des opérations relevant de la première catégorie être soumises au contrôle normalement réservé aux concentrations sensibles.

Le recours par la Commission à cette disposition peut au premier abord interroger : ni les parties, ni la Commission n'ont intérêt à ce que la procédure soit engagée, sauf problème sérieux réel.

Dès lors, il est intéressant d'étudier les raisons amenant la Commission à s'engager dans cette voie n'avantageant personne (hormis peut-être les concurrents). Diverses causes, résidant aussi bien dans le chef des parties que de la Commission, peuvent alors justifier un tel recours. Une fois la raison identifiée, nous réfléchirons à différentes solutions à la question du recours à l'article 8§1. Il en irait d'une meilleure efficience dans le contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne et, partant, d'un allègement du poids de ce contrôle sur la vie des affaires. À cette occasion, il sera nécessaire de replacer la question dans le contexte plus général des concentrations et du type de contrôle que l'on souhaite leur soumettre.

Après un rapide panorama des décisions ayant été adoptées sur la base de l'article 8§1 du règlement 139/2004, nous essaierons d'identifier et de comprendre les raisons amenant la Commission à adopter des autorisations simples en phase II. Enfin, nous nous pencherons sur les réponses à apporter à ce type de décision en partant du postulat qu'elles ne sont dans l'intérêt d'aucune des parties au contrôle.

⁸ L'année 2009 fut vierge de toute décision article 8 §1 tandis que les années 2010 et 2012 ne recensent respectivement qu'une seule et deux décisions de ce type chacune.

⁹ Le règlement 4064/1989 en faisait de même avec l'article 8 §2.

II. PANORAMA DES DECISIONS SIMPLES ADOPTEES EN PHASE II SOUS LE REGLEMENT 139/2004

Nous effectuerons, dans un premier temps, quelques remarques d'ordre général sur les décisions d'autorisation inconditionnelle en phase II. Nous verrons ensuite qu'il existe des cas attirant plus particulièrement l'attention. Enfin, les raisons ayant amené la Commission à revenir sur sa première appréciation et à autoriser la concentration sans l'assortir d'engagements seront exposées.

1. Vue d'ensemble des décisions article 8§1 :

L'étude des décisions inconditionnelles adoptées lors de la phase II par la Commission fait apparaître avant tout un élément d'ordre statistique: la majorité des cas est constituée par des opérations de concentrations horizontales.¹⁰ Il n'y a là rien d'étonnant car ce sont généralement les situations posant le plus de problèmes concurrentiels. Si l'on y inclut les décisions posant à la fois des problèmes horizontaux et verticaux, on atteint le nombre de vingt décisions. Finalement, seules quatre décisions concernent des concentrations verticales, sachant que deux d'entre elles ont lieu dans le secteur des cartes routières et ont été analysées ensemble.¹¹ Les deux autres décisions ont quant à elles eu lieu dans les secteurs de l'industrie textile¹² et de l'aérospatiale.¹³

L'autre enseignement qui se dégage tient au fait que la majorité des décisions concernent des acquisitions de sociétés. Peu d'entreprises communes¹⁴ ont fait l'objet d'une autorisation simple en phase II. À l'inverse, le nombre d'autorisations inconditionnelles en phase II concernant des entreprises communes était plus important sous le règlement 4064/1989.¹⁵ Enfin, quelques décisions concernent des acquisitions d'actifs.

Il convient également de noter que certaines décisions « articles 8 §1 » ont été adoptées suite à un renvoi devant la Commission, ce renvoi résultant ou non de la

¹⁰ Seize décisions sur vingt-quatre depuis l'adoption du règlement 139/2004 (la décisions *Sony/BMG* étant comptabilisée parmi les décisions adoptées sous le règlement 4064/1989).

¹¹ M.4942 *Nokia/Navteq* du 2 juillet 2008, *non encore publiée au JO* et M.4854 *TomTom/Tele Atlas* du 14 mai 2008, *non encore publiée au JO*.

¹² M. 4874 *Itelma/Barcovision* du 4 août 2008, *non encore publiée au JO*.

¹³ M. 4403 *Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio* du 4 avril 2007, JO C34 du 11 février 2009.

¹⁴ M. 6314 *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* du 4 septembre 2012, *non encore publiée au JO* ; M. 5907 *Votorantim/Fischer/JV* du 4 mai 2011, *non encore publiée au JO* ; M. 3178 *Bertelsmann/Springer/JV* du 3 mai 2005, JO C61 du 2 mars 2006.

¹⁵ M. 3056 *Celanese/Degussa/European Oxo Chemicals* du 11 juin 2003, JO L 38 du 10 février 2004 ; M. 2333 *De Beers/LVMH* du 25 juillet 2001, JO L29 du 5 février 2003 ; M. 1940 *Framatome/Siemens/Cogema/JV* du 6 décembre 2000, JO L289 du 6 novembre 2001.

volonté des parties.¹⁶ Le fait que la Commission ait statué au titre de la phase II montre que le renvoi semblait alors justifié ; la concentration soulevant, *a priori*, des problèmes de concurrence au sein de l'UE.

Il est aussi des décisions singulières où la Commission a pu autoriser la concentration au titre de l'article 8§1 du règlement 139/2004 après avoir rejeté les engagements proposés par les parties au cours de la phase I. Ce cas de figure, s'il demeure somme toute peu fréquent, n'est cependant pas isolé.¹⁷ Dans l'affaire *INEOS/Kerling*, la Commission avait rejeté les engagements avancés par les parties au cours de la phase I.¹⁸ Ceux-ci avaient été jugés insuffisants pour contrer la position qu'acquerrait INEOS sur le marché du PVC au Royaume-Uni. L'autorisation simple en phase II fut, quant à elle, avant tout justifiée par une redéfinition du marché géographique pertinent, lequel fut étendu à toute l'Europe du Nord-Ouest.

De même, dans l'affaire *Norddeutsche Affinerie/Cumerio* concernant marché du cuivre, la Commission estimait que le résultat de la concentration faisait courir le risque d'effets coordonnés du fait de la part de marché élevée détenue par les parties, l'entité résultant de l'opération devenant le plus grand fournisseur de formes en cuivre sur le marché européen. Afin de s'assurer de l'autorisation de la concentration, les parties ont alors proposé une série d'engagements consistant en diverses cessions classiques de parts et d'autres de certaines activités. Un accord d'approvisionnement de dix ans devait compléter le tout afin de limiter les effets sur les marchés verticaux. Enfin, les parties se sont engagées, dans l'hypothèse où aucun repreneur des actifs ne serait trouvé, à garantir l'approvisionnement de ses clients sur la base d'un accord-cadre.¹⁹

Toutefois, après enquête menée auprès des acteurs du marché et de l'autorité allemande de concurrence, la Commission a jugé la première branche des engagements insuffisante, ces derniers la jugeant peu viable, ce qui a pu se vérifier par l'absence de repreneur.²⁰ S'agissant de la seconde branche (accord-cadre), la Commission a estimé que celle-ci engendrerait plus d'effets concurrentiels qu'elle n'en ferait disparaître. Finalement, l'enquête menée auprès des acteurs du marché a, ici aussi, confirmé l'analyse de la Commission, amenant cette dernière à rejeter les

¹⁶ Pour un renvoi demandé par les parties, v. M. 6106 *Caterpillar/MWM* du 19 octobre 2011, non publiée au JO ; Pour un renvoi demandé par une autorité de concurrence, v. M.4215 *Glatfelter/Crompton Assets* du 20 décembre 2006, JO L151 du 13 juin 2007.

¹⁷ M. 4734 *INEOS/Kerling* du 30 janvier 2008, non encore publiée au JO ; M. 4781 *Norddeutsche Affinerie/Cumerio* du 23 janvier 2008, non encore publiée au JO, *Thales/Finmeccanica/ Telespazio*, préc. note 13 et M. 2314 *BASF/Pantochim/Eurodiol* du 11 juillet 2001, JO L132 du 17 mai 2002.

¹⁸ Pour des raisons de confidentialité, la décision ne donne pas le détail des engagements alors soumis à la Commission (*ibid.*, pt. 9).

¹⁹ *Norddeutsche Affinerie/Cumerio*, préc. note 17, pt. 9.

engagements,²¹ déclenchant alors l'engagement de la procédure.²²

Il est étonnant de voir la décision finale de la Commission ne pas faire apparaître de mesures correctives. Suite à l'étude de marché, il est apparu que, contrairement à ce qu'avaient avancé les clients,²³ les parties à la concentration restent soumises à une pression concurrentielle suffisante pour écarter tout risque de comportement anticoncurrentiel sur le marché des déchets de cuivre découlant de la puissance d'achat accrue résultant de l'opération.²⁴ Cette enquête a alors permis de distinguer les différents marchés géographiques ainsi que les différents produits affectés par la concentration. Cette analyse s'en est trouvée rendue plus difficile et plus délicate du fait de l'opinion négative exprimée par certaines parties concernées par la concentration.

Il faut ici mesurer toute l'influence que peuvent jouer les tiers – et notamment les concurrents – dans l'orientation de la décision de la Commission, notamment au travers de l'enquête de marché.²⁵ Il se peut aussi que les inquiétudes proviennent d'entreprises opérant sur les marchés en amont ou en aval sans pour autant être justifiées.²⁶ Si le but de l'enquête de marché est bien de recueillir l'opinion des opérateurs concernés par la concentration, l'avis donné par ceux-ci peut influencer négativement l'appréciation des engagements soumis à la Commission. Il est vrai que celle-ci n'est pas dupe et connaît l'intérêt que peuvent avoir des entreprises tierces dans l'échec de la concentration. Il convient cependant de relativiser cette affirmation : les entreprises notifiantes ont, elles aussi, intérêt à présenter la concentration sous l'angle le plus avantageux possible. Il ne saurait donc être exclu que la Commission soit au final plus influencée par une des parties (au principal ou tierces) lors de son appréciation de la concentration.

La connaissance indispensable et suffisamment fine que doit se faire la Commission du marché nécessite le concours de ses principaux acteurs, fussent-ils en amont, en aval ou présents sur ledit marché. Ainsi, une opinion négative de ces parties tierces accroît la charge de travail de la Commission car celle-ci va devoir confronter cet avis avec ce qui semble être la réalité. Compte tenu des délais très courts de la phase I, il n'est dès lors pas étonnant de voir la Commission manquer de temps pour effectuer son contrôle. Ces délais se voient encore raccourcis par le fait que l'avis

²⁰ *Ibid.*, pt. 10.

²¹ *Ibid.*, pt. 11.

²² *Ibid.*, pt. 12.

²³ *Ibid.*, pt. 108.

²⁴ *Norddeutsche Affinerie/Cumerio*, préc. note 17, pt. 110.

²⁵ V., par exemple, *INEOS/Kerling*, préc. note 17 pt. 196, 205 et 206.

²⁶ *Norddeutsche Affinerie / Cumerlio*, préc. note 17 pts 196 et 198.

négalif ne porte pas, dans la seconde affaire, sur l'opération en soi mais sur les engagements avancés par les parties. Ces derniers ayant été soumis à un stade avancé de la procédure, l'appréciation de leur pertinence et de leur efficacité est d'autant plus difficile que la Commission reçoit des échos négatifs à l'occasion de son étude de marché.

Précisons enfin que la Commission peut prendre en compte certaines formes d'engagements adoptés par les parties. Ainsi, dans l'affaire *Oracle/Sun Microsystems*²⁷, elle a tenu compte des promesses unilatérales prises par Oracle auprès des clients de continuer à mettre à disposition pour une durée suffisamment longue un certain produit dont on pouvait craindre la disparition suite à la fusion. L'entreprise ayant commencé à mettre en œuvre ces engagements, la Commission a été attentive à cette mesure prise. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'engagements soumis à la Commission, c'est à coup sûr un élément ayant joué en faveur de la décision d'autorisation.

2. La redéfinition du marché par la Commission :

L'affaire *INEOS/Kerling* fut autorisée sans qu'aucun engagement ne soit requis en raison de la définition du marché. Mais c'est aussi cette dernière qui a posé le plus problème. La raison justifiant l'autorisation simple réside dans la redéfinition de ce marché, lequel étant finalement plus large qu'il n'était apparu de prime abord. C'est suite à une analyse économique riche et détaillée que la Commission a pu arriver à cette conclusion, faisant de ce cas un « *cas d'école sur la délimitation des marchés géographiques* ». ²⁸

Ainsi, si la raison de l'autorisation réside dans la redéfinition du marché pertinent,²⁹ il semblerait que les difficultés rencontrées dans cette définition soient la raison du passage en phase II. C'est en effet moins l'opération en elle-même que la délimitation du marché qui a posé problème pour opérer un réel examen de l'opération de concentration. Une fois le marché finalement défini, les problèmes concurrentiels initialement entrevus ont alors disparu.³⁰ En effet, l'enquête a permis d'établir que la part de marché de l'entité résultant de la concentration resterait dans

²⁷ M. 5529 *Oracle/Sun Microsystems* du 21 janvier 2010, non encore publiée au JO.

²⁸ Stanislas MARTIN, « *Autorisation en phase II sans engagement : La Commission autorise une opération sans conditions en phase II, en dépit d'une part des ventes très élevée en Grande-Bretagne, à l'issue d'une analyse très fouillée de la délimitation géographique du marché du PVC (Ineos/Kerling)* », *Concurrences*, n° 3-2008, p. 111-112.

²⁹ Voir aussi M. 3625 *Blackstone/Acetex* du 13 juillet 2005, JO L312 du 29 novembre 2005.

³⁰ *INEOS/Kerling*, préc. note 17, pt. 177.

des proportions ne permettant pas d'écarter toute concurrence sur le marché³¹, les principaux concurrents ayant quant à eux des parts de marché suffisamment importantes pour opposer une pression concurrentielle suffisante sur l'entité. Il semblerait alors que l'opération de concentration n'ait pas de réelle influence sur les parts de marché et que l'entité resterait confrontée à une concurrence suffisamment forte.³² La Commission a cependant pris soin d'apprécier les conséquences de la concentration sur trois marchés géographiques différents, semblant alors hésiter sur les contours du marché réellement concerné et préférant s'assurer du résultat de la concentration sur ces trois marchés géographiques potentiels.³³

La définition du marché pertinent, compte tenu de l'importance qu'elle revêt dans l'examen des concentrations, constitue un poids considérable dans l'analyse menée par la Commission et nécessite, selon les cas, une enquête détaillée. Ce passage obligé peut requérir plus de temps en fonction de la connaissance qu'elle a pu acquérir de ce marché. Il est dès lors crucial de garder ceci en mémoire lors d'une notification d'une concentration. Compte tenu de son expérience, il se peut que la Commission connaisse certains marchés et ait une idée de leur fonctionnement ou encore de leurs acteurs. Mais il est aussi des marchés sur lesquels elle n'a jamais eu à se prononcer.

À ce titre, la décision *Oracle/Sun Microsystems*³⁴ est intéressante. Il s'agissait là de la première fois que la Commission se trouvait confrontée aux logiciels dits « *open source* ». L'opération en cause prévoyait le rachat d'une société opérant sur le marché des logiciels de bases de données dites « ouvertes » par une société produisant des logiciels de bases de données dites « propriétaires ». Compte tenu du manque d'expérience de la Commission dans ce domaine, celle-ci du mener un examen particulièrement difficile sur un marché marqué par la complexité des produits. C'est, semble-t-il l'audition d'Oracle ainsi que des tiers au cours de la phase II qui a fait changer la Commission d'opinion.³⁵

Enfin, la Commission reconnaît parfois expressément que l'affaire qui lui a été notifiée relève d'un marché particulièrement complexe. Il en va ainsi, à titre

³¹ *Ibid.*, pts. 173 et 174, 186 et 187.

³² *Ibid.*, pts. 175, 189.

³³ *Ibid.*, pts 173 à 176 et 188, 197 et 198, 210.

³⁴ Préc. note 27.

³⁵ La Commission ayant envoyé au cours de la seconde phase une lettre aux parties confirmant ses remarques précédentes, préc. note 27, pts. 20 et 22.

d'exemple, de la concentration *Thales/Finmeccanica/Telespazio*³⁶ touchant au secteur de l'aéronautique et de l'industrie liée à l'espace.³⁷ La Commission a alors craint une stratégie de verrouillage de l'accès au marché des intrants ainsi qu'à l'accès à certaines informations sensibles du fait de l'opération.³⁸ De même, dans l'affaire *IBM/Telelogic*, la Commission a admis que la définition du marché, et notamment ses limites, restait difficile à établir.³⁹

Compte tenu de la difficulté que peut connaître la Commission pour appréhender le marché, celle-ci peut alors avoir besoin de plus de temps afin de mener à bien son contrôle. La définition du marché pertinent peut ainsi requérir un examen plus long selon le secteur en cause.

3. L'existence d'une concurrence suffisamment forte :

L'examen de la concentration en phase II peut amener la Commission à considérer qu'il existe, malgré tout, une concurrence suffisamment forte pour exercer un contrepoids à l'encontre de la nouvelle position détenue par l'entité suite à la concentration. Cette conclusion peut découler de la redéfinition du marché pertinent (qu'il s'agisse du marché du produit⁴⁰ ou du marché géographique⁴¹). La seconde phase peut amener la Commission à reconsidérer le marché et à l'élargir comme ce fut le cas dans la concentration *INEOS/Kerling* où l'autorisation simple accordée par la Commission résulte d'une redéfinition du marché pertinent, ce qui a, dès lors, pour conséquence de « diluer » l'opération dans un marché plus large et, partant, soumis à plus de concurrence : les parts de marché sont alors trop faibles pour, à elles seules, entraîner à des risques d'effets anticoncurrentiels (unilatéraux⁴² ou coordonnés⁴³).⁴⁴

De même, la Commission peut au cours de la seconde phase s'apercevoir que les entreprises notifiantes ne sont, en réalité, pas dans un rapport de concurrence

³⁶ Préc. note 13.

³⁷ *Ibid.*, pts. 16 et 70. Précisons toutefois que la Commission a déjà eu à connaître d'affaires dans ce secteur, *ibid.*, pt. 24.

³⁸ *Ibid.*, pt. 11.

³⁹ M. 4747 *IBM/Telelogic* du 5 mars 2008, JO C 195 du 1^{er} août 2008, pts. 122 et 124.

⁴⁰ Comme dans l'affaire *Oracle/Sun Microsystems* à propos des logiciels de bases de données propriétaires et des logiciels *open source*. De même, la Commission était arrivée à la conclusion que les produits d'IBM et de Telelogic ne sont pas substituables car répondant à des besoins différents et s'adressant à des clients différents (*IBM/Telelogic*, *ibid*39).

⁴¹ M. 4094 *INEOS/BP Dormagen* du 10 août 2006, JO L69 du 9 mars 2007.

⁴² Préc. note.17, pts 179 et 180.

⁴³ *Ibid.*, pts. 183 et 184.

⁴⁴ *Ibid.*, pts 178, 189, 192, 197, 200, 204, 207, 212.

proche.⁴⁵ Plus étonnamment, il se peut aussi que l'examen en phase II fasse ressortir que l'opération renforce même la concurrence. Ainsi, dans l'affaire *Syniverse/BSG*,⁴⁶ l'opération aboutissait à la disparition d'un concurrent sur le marché, lequel passait de trois opérateurs à deux. Toutefois, l'analyse lors de la seconde phase a permis d'établir qu'il s'agissait en réalité d'un renforcement de Syniverse afin de pleinement concurrencer l'opérateur dominant sur le marché : Mach.

Dans l'affaire *Norddeutsche Affinerie/Cumerio* précitée, la nouvelle entité deviendrait, suite à la concentration, le plus grand fournisseur de barres,⁴⁷ engendrant des craintes de hausse des prix et de limitation de choix chez les clients.⁴⁸ La Commission a cependant estimé que la concurrence sur le marché des barres de cuivre reste suffisante, notamment du fait d'une pression concurrentielle exercée par des opérateurs établis en dehors de l'EEE, lesquels constitueraient « *d'importantes sources d'approvisionnement alternatives pour les barres de cuivre* ». ⁴⁹ Les producteurs de barres de cuivre disposant en outre de suffisamment de capacités à court terme pour répondre à la demande, le marché étant caractérisé par des surcapacités de production.⁵⁰ La pression concurrentielle, actuelle ou potentielle, est donc suffisamment forte, selon la Commission, pour écarter tout risque concurrentiel.⁵¹ Enfin, s'agissant du marché des formes en cuivre, il se caractérise par une forte consommation interne de ces produits : la plupart des utilisateurs de formes en cuivre les produisent eux-mêmes.⁵² De plus, la production et l'utilisation de formes en cuivre dépendent des marchés en amont et en aval de ces produits et notamment le cours du cuivre.⁵³

La décision *Norddeutsche Affinerie/Cumerio* met en avant un autre élément, à savoir que la concurrence significative peut résulter aussi des caractéristiques du marché (surcapacités de production, consommation interne et dépendance aux cours du cuivre en l'espèce). Ainsi, l'accès à ce marché peut, par exemple, n'être soumise à aucune réelle barrière et il est possible d'imaginer l'existence d'une concurrence

⁴⁵ Voir, par exemple, *Caterpillar/MWM*, préc. note 16, pt. 178.

⁴⁶ M. 4662 *Syniverse/BSG* du 4 décembre 2007, non publiée au JO.

⁴⁷ Préc. note 17, pt. 113.

⁴⁸ *Ibid.*, pt. 115.

⁴⁹ *Ibid.*, pt. 116.

⁵⁰ *Ibid.*, pt. 119.

⁵¹ *Ibid.*, pt. 120.

⁵² *Ibid.*, pt. 123.

⁵³ *Ibid.*, pts 125 et 126.

potentielle pouvant amener à réévaluer le marché.⁵⁴ Le marché peut aussi être caractérisé par la diversité ou la substituabilité de l'approvisionnement pour les opérateurs en aval ou des débouchés pour les opérateurs en amont.⁵⁵ Les efforts de recherche important dans le secteur peuvent aussi amener la Commission à revoir son analyse.⁵⁶ Des contrepouvoirs détenus par les opérateurs en aval ou en amont peuvent être découverts au cours de l'analyse en phase II.⁵⁷ Cela peut aussi découler de l'évolution de ce même marché⁵⁸. Les marchés caractérisés par des appels d'offre présentent en outre un faible degré de transparence du fait de ce mécanisme, édulcorant ainsi tout risque d'effets coordonnés⁵⁹ et constituant, à l'inverse, un incitant à plus de concurrence.⁶⁰ La complexité des systèmes de tarifications et des offres peut aussi être un motif édulcorant toute transparence.⁶¹ Il se peut enfin que le marché soit marqué par une concurrence potentielle venant d'autres produits comme dans l'affaire *Google/DoubleClick*.⁶² En l'espèce, l'entité résultant de l'opération serait dissuadée d'augmenter les prix ou de limiter l'accès au marché par l'existence d'outils crédibles de diffusion d'annonces pouvant intéresser les concurrents verticalement intégrés.⁶³

Ainsi, la Commission peut reconsidérer ses conclusions de la phase I et estimer que, d'une part, la structure du marché ne sera finalement pas affectée par l'opération ou que le risque d'effets coordonnés ou de comportement anticoncurrentiel unilatéral est faible. Ce revirement d'appréciation entre phase I et phase II amène alors à s'interroger sur son origine.

III. LES DONNEES DU PROBLEME

L'analyse menée ci-dessus permet de dégager certaines constantes dans les décisions article 8§1. L'analyse prospective à laquelle doit se soumettre la

⁵⁴ Voir, par exemple, M. 4956 *STX/Aker Yards* du 5 mai 2008, *non encore publiée au JO*, à propos la construction navale.

⁵⁵ Pour un marché marqué par la facilité des acheteurs de changer de fournisseur, voir, par exemple, *Votorantim/Fischer/JV*, Préc. note 14.

⁵⁶ M. 6106 *Caterpillar/MWM* du 19 octobre 2011, *non encore publiée au JO*, pt 160.

⁵⁷ M. 4647, *AEE/Lentjes* du 5 décembre 2007, *non encore publiée au JO*, pt. 77.

⁵⁸ Cette évolution pouvant résulter aussi bien de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché (voir, sur ce point, l'affaire *STX/Aker Yards*, préc. note 54) que de l'entrée de nouveaux produits concurrençant les produits fabriqués par l'entité (voir, sur ce point, M. 6101 *UPM/Myllykoski et Rhein Papier* du 13 juillet 2011, *non encore publiée au JO*, à propos de différents types de papiers utilisés pour l'impression des magazines).

⁵⁹ Voir, par exemple, M. 4662, *Syniverse/BSG* du 4 décembre 2007, *non encore publiée au JO*, pts. 106 et 111.

⁶⁰ Voir, par exemple, *AEE/Lentjes*, préc. note 57, pt. 97.

⁶¹ M. 4523 *Travelport/Worldspan* du 21 août 2007, JO L314 du 1^{er} décembre 2007.

⁶² M. 4731, *Google/DoubleClick* du 11 mars 2008, *non encore publiée au JO*.

Commission associée à ces éléments perturbateurs peut être vue comme la raison nécessitant un passage en phase II afin que la Commission bénéficie d'un délai supplémentaire. C'est finalement la conjonction de plusieurs facteurs qui peut amener une concentration ne soulevant aucun problème d'ordre concurrentiel à subir la procédure réservée aux opérations réellement sensibles.

1. Les standards de preuve pesant sur la Commission :

Outre le changement de base juridique, avec le remplacement du règlement 4064/1989 par le règlement 139/2004, le début des années 2000 est marqué par l'affaire *Sony/Bertelsmann* qui s'est soldé par un arrêt de la CJCE en 2008.⁶⁴

Pour rappel, la Commission avait autorisé, par le biais d'une autorisation simple en phase II, Sony à acquérir la société BMG. Mais suite à un recours formé par la société concurrente Impala, le TPICE avait annulé la décision de la Commission. Il lui avait été reproché d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation, de ne pas avoir motivé à suffisance sa décision.⁶⁵ Les sociétés parties à la concentration ont alors décidé d'élever le débat devant la CJCE et ont donc formé un pourvoi en vue de demander l'annulation de l'arrêt du TPICE. À cette occasion, la Cour de Justice a pu préciser les standards de preuve applicables au contrôle des concentrations.⁶⁶ Elle a ainsi énoncé que la charge de la preuve pesant sur la Commission reste la même, qu'il s'agisse d'une décision d'autorisation ou d'interdiction. Elle a en outre censuré le TPICE en considérant que la Commission n'est pas liée par la communication des griefs qu'elle a pu adresser aux parties. Il lui est donc possible d'adopter au final une décision se démarquant de cette communication. La Commission est ainsi libre de changer son opinion sur une concentration. La notification des griefs n'est dès lors pas synonyme d'engagements obligatoires pour les parties, lesquelles peuvent toujours essayer de convaincre la Commission de l'absence d'effet anticoncurrentiel de l'opération.

La réaction de la Commission à l'arrêt *Impala/Commission* rendu par le TPICE s'est voulue être un modèle d'analyse économique. La Commission a réexaminé la

⁶³ *Ibid.*, pt. 344 et 357.

⁶⁴ CJCE 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c./ Impala*, aff. C-413/06 P, Rec. p. I-04951.

⁶⁵ *Ibid.*, pt. 542.

⁶⁶ V. Jérôme PHILIPPE et Aude-Charlotte GUYON, « La CJCE invalide l'arrêt du TPI ayant annulé la décision d'autorisation de la concentration Sony-BMG et précise le standard de preuve applicable dans les procédures de contrôle des concentrations », *Concurrences*, n°4-2008, p. 99.

concentration⁶⁷ et a, suite à « *une des analyses économétriques les plus vastes et les plus complexes jamais entreprises dans le cadre d'une enquête portant sur une opération de concentration* », ⁶⁸ autorisé à nouveau l'opération après examen en phase II sans que des engagements n'aient été pris. Compte tenu de l'annulation de la décision de 2004, il n'est pas étonnant de voir la Commission en venir à nouveau à la seconde phase afin de se donner le temps de mener à bien cette analyse. Les demandes d'informations auprès des parties à la concentration et des tiers furent très détaillées et le plus exhaustives possibles. Ainsi fut-il demandé aux majors de fournir les chiffres correspondant à l'ensemble de leurs ventes de CD sur les dernières années, entraînant une charge de travail considérable pour ces dernières ainsi que pour la Commission.

Cette clarification des standards de preuve attendus dans le chef de la Commission à l'occasion du contrôle d'une concentration aurait pu avoir des répercussions sur les contrôles. La seconde décision *Sony/BMG* ayant été marquée par la recherche du détail, la conséquence de l'arrêt de la CJCE semblerait être alors un renforcement de ces standards devant être apportés par la Commission, d'autant que la saga *Sony/Bertelsmann* correspond au moment où le nombre de décisions inconditionnelles adoptées en phase II a commencé à croître.

Néanmoins, l'analyse menée par la Commission dans les décisions suivantes ne fait pas clairement apparaître de réel changement dans la méthodologie au cours de l'examen des concentrations. Tout au plus, les deux arrêts *Impala/Commission* et *Sony-Bertelsmann/Impala* ont amené la Commission à effectuer une analyse extrêmement complète et détaillée de la concentration *Sony/BMG*. Un pareil souci du détail ne transparaît pas de manière aussi claire dans les décisions postérieures. Il semblerait, à première vue, que l'arrêt de la CJCE n'ait fait que préciser un point de droit mais n'ait pas eu de réelle conséquence sur l'issue des décisions postérieures.

Néanmoins, même s'il est fait censurer par la CJCE, l'arrêt du TPICE reste le premier annulant une décision d'autorisation de la Commission, ce qui garde une certaine importance compte tenu des conséquences qu'empporte l'annulation d'une décision d'autorisation. C'est ainsi un signal à la Commission mettant en lumière que le juge n'hésitera pas à annuler ses décisions s'il estime que la démonstration n'est pas suffisante. Ceci peut alors pousser l'institution, dans un but de réduire l'insécurité juridique de tels arrêts, à élever ses standards de preuve, notamment par l'emploi

⁶⁷ M. 3333, *Sony/BMG*, 3 octobre 2007, non publiée au JO.

⁶⁸ *Ibid.* IP/07/1437.

d'outils d'analyse économique plus poussés, afin de convaincre le juge de Luxembourg.⁶⁹ C'est ainsi dans l'arrêt du TPICE qu'il faut voir un réel impact plus que dans l'arrêt de la CJCE.

2. La problématique des délais :

Plusieurs enseignements ressortent de la partie précédente. Tout d'abord, la Commission semble contrainte par les délais très courts prévus par le règlement. Si 90% des concentrations sont autorisées au cours de la phase I, il apparaît néanmoins que l'autorité de concurrence ne se satisfait pas de trente jours lorsque les opérations s'avèrent trop complexes ou nouvelles. La Commission utilise alors la seconde phase afin de se donner plus de temps et mener à bien ce qu'elle n'a pu réaliser lors de la phase précédente. On peut alors voir dans cette pratique, certes peu fréquente, un aveu d'échec du règlement 139/2004. Ce dernier étant élaboré de sorte à retarder le moins possible les opérations de concentrations et ainsi ne pas entraver à outrance la vie des affaires, il se révèle ici inadapté aux concentrations plus complexes. Si l'on pousse le raisonnement à l'extrême, le règlement s'accommode mal avec l'exigence du standard de preuve que la Commission doit atteindre lorsque celle-ci est en présence d'une affaire sensible. C'est en somme le paradoxe du contrôle actuel en ce sens qu'il est la raison du passage en phase II et, partant, du retard pris dans la réalisation de l'opération.

Précisons qu'il est ici question des décisions articles 8 §1 qui auraient pu être autorisées, avec ou sans engagements, en phase I si la Commission avait disposé de plus de temps afin d'examiner l'opération. Les décisions au cours desquelles la Commission est revenue sur son opinion dégagée à l'occasion de la phase I doivent être distinguées des premières. Il est tout à fait possible que la Commission ait une opinion négative de la concentration mais ait besoin d'une analyse plus poussée afin de confirmer son analyse et décide alors de passer à la seconde phase. L'arrêt *Sony/Bertelsmann* rendu par la Cour précise à ce sujet que la Commission n'est pas tenue par la communication des griefs qu'elle a pu adresser aux parties. Dès lors, il lui est loisible de revenir sur son avis et conclure à la compatibilité de la concentration sans que des engagements ne soient avancés. Toutefois, la frontière entre ces deux types de décisions article 8§1 peut parfois être mince. En effet, ce

⁶⁹ Frédéric MARTY, « *Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis* » Critères économiques et sécurité juridique, Revue de l'OFCE, 2007/1 n° 100, p. 87 et 88 ; V. aussi Richard WHISH, « *Competition Law* », 7^{ème} éd., OUP, Oxford, 2012, p. 861 et 862.

changement dans les conclusions de la Commission résulte d'une mauvaise appréciation de la concentration en phase I. Les erreurs de jugement commises peuvent alors résulter du bref délai imposé à la Commission pour statuer.

Mises en lumière avec l'augmentation de la part d'analyse économique dans les décisions de la Commission énoncée *supra*, la combinaison de cette pratique croissante avec les délais de la phase I fait qu'il est de plus en plus difficile pour la Commission de satisfaire aux exigences de motivation tout en respectant la procédure du règlement.⁷⁰

L'autorisation simple en phase II apparaît, sous cet angle, comme mettant en échec le contrôle actuel en deux phases. Il faut néanmoins reconnaître qu'il s'agit là de cas à la marge⁷¹ dont le passage à la seconde phase a été réfléchi en connaissance de cause par la Commission. Il n'en reste pas moins vrai que certaines entreprises se retrouvent lésées par les délais trop courts prévus par le règlement.

Cette problématique des délais est cependant légitime. Elle découle du régime de contrôle des concentrations prévalant dans l'UE. Un contrôle *a priori* des concentrations suppose un traitement rapide des notifications afin de tenir compte de l'exigence de rapidité du monde des affaires.

3. Les problèmes soulevés à l'occasion du contrôle :

Les modalités du contrôle des concentrations amènent la Commission à analyser *in concreto* une opération en la replaçant dans le marché pertinent. A cette occasion, elle peut se retrouver face à des catégories de marchés délicates à appréhender.

a. Les marchés complexes :

Les décisions article 8§1 concernent, nous l'avons vu, des marchés parfois très techniques et difficilement compréhensibles pour le profane. Ainsi, il peut être difficile pour la Commission d'appréhender de façon entière et correcte les produits et, partant, de cerner géographiquement le marché. Elle a ainsi, à l'occasion de ses décisions simples rendues au cours de la phase II, du connaître de concentrations

⁷⁰ Franck MAIER-RIGAUD et Kay PARPLIES, « *EU Merger Control Five Years After the Introduction of the SIEC Test : What Explains the Drop in Enforcement Activity ?* », ECLR n°11, 2009, p.565.

⁷¹ Il est en effet question d'environ 1% des cas notifiés à la Commission, préc. note 1.

touchant des secteurs complexes tels que l'aéronautique,⁷² la programmation informatique,⁷³ l'imprimerie,⁷⁴ la chimie⁷⁵ ou encore de la distribution électronique de voyage.^{76 77}

Il est ici question de complexité des marchés et non de complexité de l'opération. C'est la connaissance du marché (du produit ou géographique) que doit se faire la Commission pour opérer son contrôle qui est en cause. Il convient donc d'écarter de ce type d'hypothèses les concentrations dites complexes en raison de l'opération elle-même.⁷⁸ C'est en effet de la connaissance du marché dont il est question et non de la capacité à appréhender une opération de concentration particulièrement complexe d'un point de vue du montage juridique et/ou financier, ceci étant l'apanage d'autres pans du droit et, finalement, essentiellement accessoire au contrôle des concentrations. Ainsi, le haut degré de technicité de certains produits peut accroître la charge de travail de la Commission lorsqu'il sera question de la définition du marché pertinent ainsi que lors de l'appréciation des relations entre les entreprises (distinction entre produits, place du composant dans la chaîne de production du produit fini, etc.). Cette compréhension du marché étant essentielle à l'appréciation de l'opération, la complexité de celui-ci ajoute une charge supplémentaire à la Commission, laquelle se trouve être, par ailleurs, tenue des mêmes délais que lors d'affaires plus aisément intelligibles.

b. Les marchés nouveaux pour la Commission :

Un autre motif de complexité pour la Commission dans le contrôle de la concentration réside dans la méconnaissance qu'elle peut avoir du marché. Il peut s'agir, par exemple, d'un marché émergent,⁷⁹ d'un marché nouveau pour elle ou ayant subi des changements récents.⁸⁰ En effet, l'analyse qu'a pu acquérir la Commission au gré de ses contrôles lui permet de saisir plus rapidement les enjeux d'un marché ainsi que les points potentiellement problématiques. L'analyse de la

⁷² *Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio*, préc. note 13

⁷³ *Oracle/Sun Microsystems*, préc. note 27

⁷⁴ *UPM/Mylykoski et Rhein Papier*, préc. note 58

⁷⁵ *INEOS/BP Dormagen*, préc. note 41

⁷⁶ M. 4523 *Travelport/Worldspan*, préc. note 61

⁷⁷ M. 6203 *Western Digital Ireland/Viviti Technologies* du 23 novembre 2011, non encore publiée au JO et M. 6214 *Seagate Technology/The HDD business of Samsung Electronics* du 19 octobre 2011, non encore publiée au JO

⁷⁸ Voir, par exemple, M. 1795 *Vodafone Airtouch/Mannesman* du 26 juillet 2002, JO C 300 du 11 décembre 2003.

⁷⁹ V. par exemple, *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, préc. note 14.

⁸⁰ V. Par exemple, *Seagate/Samsung*, préc. note 77

concentration se fait alors plus rapidement, la Commission ayant besoin de mener moins d'investigations afin de pouvoir statuer sur l'opération. L'exemple topique en matière de décisions simples en phase II réside dans la décision Oracle/Sun Microsystems⁸¹ où, comme mentionné précédemment, il s'agissait là de la première fois que la Commission avait à connaître du marché des logiciels de bases de données.

Si toutes les décisions concernant des marchés jamais traités par la Commission ne font pas toutes l'objet d'une décision article 8§1, il s'agit là à coup sûr d'un élément jouant dans la complexité pour la Commission pour adopter une décision dans les délais de la phase I. Compte tenu des implications du contrôle des concentrations (reconstruction du marché et des conditions de concurrence), la tâche s'avère résolument plus ardue pour la Commission, celle-ci ne pouvant pas se baser sur une expérience sur ce marché.

c. Les marchés à risque :

Il est des marchés que nous appellerons « à risque » en raison d'une certaine prédisposition, de traits les caractérisant faisant que des problèmes de concurrence peuvent rapidement, et de manière quasi-automatique, se poser. Cette sensibilité est cependant protéiforme. Il s'agit là des marchés matures, des industries lourdes telles que la chimie⁸², le textile⁸³ ou la construction,⁸⁴ ou encore le transport.⁸⁵ Il peut s'agir aussi de secteurs sensibles pour l'Union européenne en raison de la place qu'ils occupent dans l'économie ou la vie quotidienne.⁸⁶ Le degré de concentration du marché fait classiquement partie des facteurs de risque.⁸⁷ Ainsi, la Commission a noté que le secteur des disques durs « *a déjà connu un grand nombre de fusions et les projets d'acquisition en cause réduiront encore la concurrence* ». Ainsi, elle « *examinera attentivement si la concurrence effective est préservée et l'innovation encouragée.* »⁸⁸

La position d'un opérateur sur le marché peut, enfin, constituer un risque en soi pour

⁸¹ Préc. note 27

⁸² V. par exemple, *Ineos/BP Dormagen*, préc. note 41

⁸³ M. 4874 *Itama Holding/Barcovision Division* du 4 août 2008, non publiée au JO

⁸⁴ V. par exemple, *STX/Aker Yards*, préc. note 54

⁸⁵ M. 5141 *KLM/Martinair* du 17 décembre 2008, JO C51 du 4 mars 2009

⁸⁶ V. par exemple, s'agissant de la gestion des déchets, *AEE/Lentjes*, préc. note 57 ; concernant les lecteurs de disque dur, v. *Seagate/Samsung*, préc. note 77 ; concernant les cartes routières, v. *Nokia/Navteq* et *TomTom/Tele Atlas*, préc. 11 ; concernant l'aérospatiale, v. *Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio*, préc. note 13

⁸⁷ v. *Seagate/Samsung* et *Western Digital Ireland/Viviti Technologies* préc. note 77.

⁸⁸ *Ibid.*, IP/11/660.

l'opération. Compte tenu de sa position dominante sur plusieurs marchés, Google constitue un opérateur susceptible de faire plus facilement l'objet de passage en phase II.⁸⁹

Ainsi, certaines opérations de concentrations sont plus enclines que d'autres à devoir passer par la phase II afin d'être autorisée en raison de la volonté de la Commission d'analyser en détail ses conséquences. Mais cela ne signifie pas automatiquement qu'elle fera l'objet d'une décision en phase II. Il s'agit de cas sensibles devant être traités attentivement par les praticiens afin d'augmenter les chances d'une autorisation au terme de la phase I et éviter à l'entreprise la lourdeur de la seconde phase.

d. Les « *Fast-moving markets* » :

Les marchés évoluant rapidement⁹⁰ constituent enfin une catégorie particulière. Ceux-ci peuvent, en effet, être compris dans la catégorie des marchés nouveaux en ce sens que ceux-ci se « renouvellent » de façon répétée et dans un laps de temps empêchant toute réelle maturité. S'il est vrai que la Commission peut toujours se baser sur des éléments communs à structure anciennement occupée par ce marché, ceci n'est toutefois pas systématique et peut exiger qu'un œil neuf soit porté au cas soumis.

L'évolution rapide des marchés peut, en outre, être considérée comme un élément de complexité (faisant de ceux-ci une catégorie ambivalente, transversale se caractérisant par une complexité fondée sur un renouvellement permanent faisant de cette catégorie à la fois des marchés complexes, nouveaux et à risque) en ce sens que l'appréciation qui doit être menée du cas suppose la prise en compte de cette mouvance rapide et quasi-permanente de la structure du marché, rendant *de facto* l'évaluation des engagements d'autant plus hasardeuse. Les éventuelles efficiences deviennent alors plus difficiles à évaluer et les parties doivent porter une attention toute particulière dans la démonstration des avantages de l'opération ou des engagements soumis à la Commission. Il s'agit donc d'une catégorie transversale se caractérisant par une complexité fondée sur un renouvellement permanent faisant de cette catégorie à la fois des marchés complexes, nouveaux et, partant, à risque.

⁸⁹ V. *Google/DoubleClick*, préc. note 62. Cette affirmation n'est cependant pas absolue comme en témoigne l'autorisation simple en phase I pour la concentration avec Motorola (M. 6381 *Google/Motorola Mobility* du 13 février 2012, non publiée au JO).

Cet exposé met ainsi en lumière que les décisions article 8§1 reposent sur un examen au cas par cas des affaires et ne résultent aucunement d'une tendance actuelle, contrairement à ce que pourraient le laisser penser les statistiques. C'est finalement moins le nombre de ces décisions qui est important que leur existence. Le symptôme, en somme, d'un contrôle fondé sur une logique bancal, essayant de concilier deux antagonismes (régulation et liberté d'entreprendre).

L'étude des décisions permet de mettre en évidence une vérité criante : la Commission est enfermée dans des délais s'adaptant mal à certaines affaires requérant une analyse plus longue. Il s'en suit que des éléments de preuve décisifs sont avancés en phase II. Ceci soulève alors la question de la solution à apporter afin d'éviter des recours à l'article 8§1 défavorables aux entreprises et à la recherche d'un contrôle efficient et le moins préjudiciable possible pour les opérateurs économiques.

IV. QUELS REMEDES A APPORTER ?

La présence de l'article 8§1 dans le règlement régissant le contrôle des concentrations semble être l'aveu de l'imperfection du système. Une disposition assurant une certaine porosité, un décloisonnement entre les deux phases du contrôle relâchant la pression pesant sur la Commission afin de lui permettre d'aller jusqu'au bout de son examen. La contrainte temporelle constitue finalement l'élément le plus préjudiciable au contrôle des concentrations ; les parties notifiantes devant être en effet assurées que l'opération qu'elles ont soumis à la Commission a été évaluée correctement. Plusieurs pistes peuvent alors être envisagées afin de stabiliser le contrôle.

1. La réforme du contrôle des concentrations :

Il sera discuté ici de deux réformes possibles du contrôle des concentrations. La première venant à l'esprit concerne l'extension du délai pour examiner l'opération. La seconde a trait, quant à elle, à un élargissement de l'accès à la notification simplifiée. La question de la simplification du contrôle se pose évidemment. Néanmoins, compte tenu des exigences pesant sur la Commission en terme d'analyse suite à l'affaire *Sony/Bertelsmann*, cette option nous paraît difficilement conciliable avec l'élimination des décisions inconditionnelles en phase II.

⁹⁰ V., par exemple, *TomTom/Tele Atlas*, préc. note 11, pt. 61.

a. L'extension du délai de la phase I :

Nous l'avons vu, l'une des principales raisons du passage en phase II d'une concentration compatible avec le marché intérieur réside dans le délai trop court accordé à la Commission pour effectuer un contrôle complet de l'opération notifiée. À ce titre, la première mesure possible afin de remédier à ce « phénomène » semble être, logiquement, un allongement du délai en phase I.

Une première option serait la possibilité de rallonger la procédure afin de donner à la Commission un délai supplémentaire pour terminer son analyse de la concentration à l'instar de celle prévue par l'article 10 §3 du règlement.⁹¹ La seconde option serait alors une extension décidée au cas par cas..

Toutefois, la question du délai nécessaire à une analyse plus détaillée reste difficilement solvable. Il demeure difficile de déterminer quelle extension doit être apportée. Si cette solution présente l'avantage d'apporter la réponse directe à notre critique en ce sens qu'elle donne à la Commission le temps lui faisant défaut dans le système actuel, il semble difficile de déterminer quelle rallonge serait nécessaire pour mener à bien l'examen nécessaire tant il s'agit de questions à régler au cas par cas. La Commission ayant conscience des conséquences d'un passage en phase II pour les parties notifiantes, elle ne décide d'engager la seconde phase qu'après avoir bien considéré le cas. Dès lors, nous pouvons supposer que l'opération nécessite que l'examen soit encore mené pour une période de temps conséquente.

La question de la longueur de ce délai supplémentaire semble ne pouvant être résolue que par fixation arbitraire. De même, la possibilité pour la Commission de bénéficier d'un délai supplémentaire reste sensible car il peut être imaginé qu'elle utilise cette option pour nombre de cas afin de s'assurer un peu plus de la conviction qu'elle a pu acquérir au terme de la phase I. Afin d'éviter tout abus de la Commission, cette extension devrait alors être autorisée par une autorité indépendante chargée de s'assurer que la concentration nécessite bien une analyse prolongée. Ceci soulève alors deux problèmes : le risque de contradiction entre l'appréciation que peuvent avoir la Commission et cette autorité indépendante du cas

⁹¹ Cette extension pourrait être à l'initiative de la Commission ou des parties notifiantes, comme cela a récemment été introduit en Autriche. Florian NEUMAYR, « *Austria : New competition rules – takes one* », Kluwer Competition Law Blog, 29 juin 2012, <http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/06/29/austria-new-competition-rules-%E2%80%93-take-one>.

et le nouveau retard entraîné par le temps dont a besoin cette autorité pour se forger une idée. Dès lors, l'extension des délais de la phase I ne nous paraît pas être une solution convenable.

b. L'ouverture des conditions d'accès à la notification simplifiée :

Le contrôle des concentrations en deux phases est la conséquence des exigences du monde des affaires. Cet examen en deux étapes est néanmoins source de complexité et d'incertitude dans la stratégie des entreprises. En effet, les parties à une concentration risquent de voir leur opération être acceptée à la suite de la seconde phase et, ainsi, retardée de plusieurs mois.

Dans une optique de simplification du contrôle, l'assouplissement des conditions d'accès à la notification simplifiée peut apparaître comme une possible solution pour éviter qu'une concentration compatible n'ait à subir un passage en seconde phase. Les remarques précédentes ont pu permettre de mettre en avant un cadre juridique trop strict pour certaines concentrations. Les opérations *a priori* compatibles ou celles dont la compatibilité est facile à déterminer correspondant à 90% des cas soumis à la Commission, on peut se demander s'il ne serait pas plus efficient de redéfinir les critères de la notification simplifiée afin d'en faire bénéficier un plus grand nombre de concentrations et, ainsi, alléger la charge de la Commission afin de lui permettre de se concentrer sur les cas plus difficiles à analyser.

Il s'agirait là peut-être de la mesure entraînant le moins de changements au sein du contrôle des concentrations en droit de l'UE. En effet, le rallongement du délai de la phase I pose la question du délai supplémentaire à octroyer à la Commission. Il s'ensuit, d'une part, une question sans réponse⁹² et, d'autre part, un report de la réalisation de la concentration.

C'est dans ce souci de rationalisation du contrôle et d'une meilleure allocation de ses moyens que la Commission a récemment ouvert une consultation publique⁹³ envisageant une éventuelle réforme du contrôle des concentrations en vue d'un contrôle « *encore plus propice à l'activité des entreprises en réduisant les formalités administratives et en rationalisant les procédures* ». ⁹⁴ Elle a publié à cette occasion

⁹² Il n'y a en effet pas de réponse définitive à la question du délai supplémentaire à apporter.

⁹³ Consultation de la Commission sur une révision de la procédure simplifiée et du règlement de procédure lancée le 27 mars 2013, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/index_en.html.

⁹⁴ IP/12/288.

une feuille de route⁹⁵ envisageant plusieurs solutions : un rehaussement des seuils en dessous desquels la procédure simplifiée est ouverte (passer de 15% à 20% pour les concentrations horizontales et de 25% à 30 % pour les concentrations verticales), une simplification du traitement des concentrations horizontales entraînant une hausse limitée de la part de marché ou encore la réduction des informations requises lors de la notification.

Selon les estimations de la Commission, cette révision basée sur une étude des décisions rendues entre 2008 et 2010 entrainerait une hausse d'environ 10% des cas de notifications simplifiées, amenant alors à un total annuel d'environ 70% des notifications annuelles soumises sous la forme simplifiée. Néanmoins, l'autorité de concurrence européenne reste dans la logique du règlement 139/2004 en conservant un contrôle *ex ante* de ces concentrations.

L'ouverture de l'accès à la notification simplifiée s'avère cependant partiellement satisfaisante. En effet, celle-ci est, en l'état actuel du droit, basée notamment sur le chiffre d'affaires des entreprises ainsi que sur ses parts de marché.⁹⁶ S'il est difficile d'apporter une réponse définitive à la question du délai supplémentaire à accorder à la Commission, le problème est un peu similaire ici. Les critères actuels de la notification simplifiée amènent à définir un nouveau seuil.

Eu égard aux indices permettant d'identifier une concentration susceptible de faire l'objet d'une autorisation article 8§1 mentionnés *supra*, il n'apparaît alors pas certain que ces deux critères soient réellement pertinents. En effet, nous avons vu que c'est avant tout en raison, par exemple, de la méconnaissance du marché par la Commission ou encore de son évolution que la concentration a nécessité l'utilisation de l'article 6 §1 (c) afin de mener à bien l'analyse de l'opération. Ce sont ainsi des considérations ayant trait non pas à des données brutes telles que le chiffre d'affaires ou les parts de marché de l'entreprise mais à des éléments résultant de caractéristiques intrinsèques au cas d'espèce. Les modifications envisagées par la Commission dans sa feuille de route ne semblent alors pas donner de réponse satisfaisante à la question de l'article 8§1 en ce sens qu'elle ne s'adresse finalement pas aux mêmes opérations. Il en va de même s'agissant de la proposition de simplification des informations requises lors de la notification : celle-ci n'irait pas dans le sens d'une meilleure connaissance de la Commission des marchés.

⁹⁵ Feuille de route « Merger Simplification Project », Commission, Unité COMP/A-2 de janvier 2013 http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2013_comp_006_merger_simplification_en.pdf.

⁹⁶ Article 6 de la Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, JO C 56 du 05 mars 2005 p. 32.

Néanmoins, il faut reconnaître qu'une telle révision resterait bienvenue en ce sens qu'elle permettrait à la Commission de consacrer plus de moyen à l'évaluation des opérations susceptibles d'être autorisées sur la base de l'article 8§1. Si elle n'aborde pas le problème de manière frontale et définitive, elle a le mérite d'y apporter un remède indirect. Le risque (très faible) étant qu'une concentration pâtisse d'une mauvaise appréciation par la Commission du marché du fait de son manque d'expérience dans celui-ci

Nous le voyons, un assouplissement des conditions d'accès à la notification simplifiée n'est pas réellement intéressant en ce sens que cette dernière n'aborde pas directement le problème. Elle soulève alors la question de la pertinence de la notification en elle-même.

2. La refonte du contrôle des concentrations : vers une politique plus libérale ?

La réforme du contrôle des concentrations constitue une option mais elle reste enfermée dans le cadre du règlement actuel. Une réforme plus en profondeur, une refonte, mérite alors d'être discutée.

a. Le contrôle *ex post* comme solution ?

On peut voir dans le taux élevé d'autorisations en phase I⁹⁷ le signe d'un contrôle devenu inutile, inefficace retardant ponctuellement et sans raison la réalisation d'opérations.⁹⁸ Une solution serait alors de faire confiance au marché. Le droit de la concurrence est désormais un acquis pour les entreprises, lesquelles intègrent ces problématiques dans leurs stratégies. Elles sont ainsi conscientes des conséquences que peuvent engendrer leurs comportements tant sur un plan concurrentiel que légal. Si l'on considère ceci comme acquis, un contrôle *a posteriori* des concentrations paraît alors envisageable.⁹⁹

Un tel régime constituerait un réel changement de politique de concurrence avec

⁹⁷ Préc. note 1.

⁹⁸ Jonathan PARKER et Adrian MAJUMDAR, « *UK Merger control* », 1^{ère} édition, Hart Publishing, 2011, Oxford, p. 183 ; v. aussi Chongwoo CHOE et Chander SHEKHAR, « *Compulsory or voluntary pre-merger notification ? A theoretical and empirical analysis* », 26 juin 2006, p.3 et 4 <http://ssrn.com/abstract=912925>.

l'adoption d'un contrôle particulièrement libéral, passant d'un contrôle total à un contrôle ciblé et allant dans le sens de l'exigence de rapidité du monde des affaires.¹⁰⁰ La Commission n'interviendrait que dans certains cas spécifiques, laissant le marché se réguler par lui-même et le stimulant par la même occasion en réduisant la charge administrative pesant sur lui.¹⁰¹

Néanmoins, la régulation du marché peut s'opérer à un tout autre niveau et notamment à travers les engagements. A l'instar de la pratique des autorités régulatrices dans les secteurs libéralisés,¹⁰² l'adoption de remèdes structurels assurerait une certaine maîtrise dans la libéralisation du contrôle des concentrations. Elle serait un moyen efficace de résoudre le problème concurrentiel tout en permettant à la Commission de conserver une certaine maîtrise de la structure de la concurrence en Europe.¹⁰³ Un contrôle *ex post* des concentrations pourrait, en ce sens, s'insérer dans une politique industrielle à l'échelle européenne, faisant le lien entre les outils actuels dont dispose la Commission européenne, à savoir les pratiques anticoncurrentielles et les aides d'Etat. Il n'est toutefois pas ici question de création de champions européens ou nationaux en assouplissant le contrôle des concentrations.¹⁰⁴ Par politique industrielle, nous entendons l'utilisation du contrôle des concentrations en vue de rendre le marché intérieur plus compétitif et efficient.¹⁰⁵ L'utilisation d'engagements à l'occasion de concentrations peut ainsi être considérée comme un outil permettant de remédier aux défaillances de marché telles que la concurrence imparfaite caractérisée par des pouvoirs de marché.¹⁰⁶

De même, la régulation par le marché passe aussi par la possibilité pour les tiers de porter le cas devant la Commission. Cette saisine doit pouvoir se faire en mont comme en aval de la réalisation de l'opération afin d'accroître l'efficacité du système.

⁹⁹ Un tel système existe dans divers Etats comme par exemple en Angleterre (Partie 3 du Enterprise Act de 2002 entré en vigueur le 20 juin 2003, 2002 c40).

¹⁰⁰ V. Jonathan PARKER et Adrian MAJUMDAR, « *UK Merger control* », préc. note 98, p. 10.

¹⁰¹ La Commission est consciente de cette charge qu'elle fait peser sur les entreprises (IP/13/288). C'est la raison pour laquelle elle envisage une révision du système actuel sans toutefois remettre en question le contrôle a priori et la notification obligatoire.

¹⁰² Damien GERADIN et Ianis GIRGENSON, « *Industrial policy and European merger control – A reassessment* », TILEC Discussion Paper, 2011-053.

¹⁰³ Voir, en ce sens, la décision 02-D-44 du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002, *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence*, BOCCRF n°14 du 30 septembre 2002 ; v. Patrice BOUGETTE et Florent VENAYRE, « *Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?* », Revue d'économie industrielle, n°121, 1^{er} trimestre 2008.

¹⁰⁴ Damien GERADIN et Ianis GIRGENSON, « *Industrial policy and European merger control – A reassessment* », préc. note 102.

¹⁰⁵ Pouvant s'insérer dans la Stratégie « Europe 2020 » ; v. *ibid.*, p. 21.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

La Commission rendrait ainsi des décisions positives d'autorisation mais aussi des décisions négatives de rejet de plainte,¹⁰⁷ autorisant indirectement l'opération.

Un tel contrôle présenterait enfin certains avantages par rapport au système actuel avec notamment la fin de l'analyse prospective. Il est plus aisé de constater une infraction ou de déterminer la structure de la concurrence que de reconstituer *a priori* un marché ainsi que les comportements possibles de ses acteurs, réduisant alors les risques d'erreurs.¹⁰⁸

b. Les prérequis du contrôle *ex post*

Le principal avantage du contrôle *ex ante* réside dans la sécurité juridique qu'il apporte aux entreprises. Mais cette sécurité juridique n'est que relative,¹⁰⁹ les décisions d'autorisation pouvant être annulées.¹¹⁰ Un système *ex post* n'est pas incompatible avec la sauvegarde de ce droit. Il est possible d'assurer son effectivité par le biais de notifications volontaires à la Commission. Ceci découle du postulat de départ : les entreprises ayant acquis un degré de maturité suffisant, elles peuvent détecter les concentrations pour lesquelles une autorisation préalable serait souhaitable en vue de s'assurer de sa compatibilité. La question de l'effet suspensif de la saisine reste ouverte, même s'il faut reconnaître que celui-ci va dans le sens d'une meilleure protection des parties.¹¹¹ Il est alors possible de distinguer différents types de notifications volontaires, allant de la simple prise de contact informelle avec la Commission¹¹² à la notification pure et simple de l'opération.

La sécurité juridique des entreprises passe alors par différentes mesures. La première concerne les plaintes soumises par les tiers. Les parties à la concentration ne doivent pas subir indument le poids de plaintes abusives. La Commission doit, dès lors, exercer un filtre en rendant des décisions négatives. De même, les parties

¹⁰⁷ Un parallèle peut être fait avec les rejets de plainte en matière de pratiques anticoncurrentielles ou d'aides d'Etat.

¹⁰⁸ Richard WHISH, « *Competition Law* », 5^{ème} éd, OUP, Oxford, 2003, p.782, 783, 788 et 789 ; v. aussi Gunnar NIELS, Helen JENKINS et James KAVANAGH, « *Economics for competition lawyers* », 1^{ère} éd., OUP, Oxford, 2011, p.338.

¹⁰⁹ Frédéric MARTY, préc. note 69.

¹¹⁰ Voir, notamment, la saga *Sony/BMG*.

¹¹¹ Certaines législations nationales imposent une suspension de l'opération (par exemple l'Australie) contrairement à d'autres (par exemple le Royaume-Uni, *Jurisdictional and Procedural Guidance*, paragraphe 6.23).

¹¹² Un tel système existe au Royaume-Uni avec les « *Informal advice* ».

ne doivent pas rester sous la menace d'une plainte ou d'une enquête¹¹³ pendant une durée déraisonnable. Il convient dès lors de les encadrer dans des délais afin de garantir aux parties que l'opération est à l'abri de toute sanction.

De même, l'examen de l'opération par la Commission¹¹⁴ doit être encadré. Les parties doivent en effet connaître le délai dont elle dispose afin de pouvoir l'inclure dans leurs stratégies et être assurées d'une certaine sécurité. Il convient alors de définir le cadre temporel de l'analyse. Un examen en deux phases ne paraît ici plus approprié, mettant fin au système actuel pénalisant injustement des opérations sans problème.

Enfin, la sécurité juridique des parties passe par l'édiction de lignes directrices leur permettant de déterminer à partir de quel moment une opération peut faire l'objet d'une enquête par la Commission (seuils) ainsi que la grille de lecture de cette dernière lors de son contrôle. L'objectif est de guider les entreprises dans leur décision de notifier et ainsi de leur assurer le bénéfice d'un « *safe harbour* ».

c. Le régime du contrôle *ex post*

Le contrôle *ex post* n'est pas, à proprement parlé, un contrôle postérieur à la réalisation de l'opération. C'est un contrôle mixte ou « *quasi-volontaire* ». ¹¹⁵ Celui-ci suppose, pour des raisons de sécurité juridique, qu'une notification volontaire préalable soit possible. De même, l'impératif de régulation impose la possibilité pour les tiers de porter le cas devant la Commission. Ceux-ci doivent pouvoir prendre part à l'examen de l'opération. Toutefois, cette participation doit être de bonne foi et la Commission doit être dotée des mêmes prérogatives qui sont actuellement les siennes avec la possibilité d'imposer des amendes lorsque les parties tierces fournissent volontairement des informations erronées. ¹¹⁶

Le contrôle *ex post* pose, en outre, la question des décisions adoptées par la Commission. Comme énoncé précédemment, le recours aux engagements peut être

¹¹³ Le contrôle *ex post* suppose l'absence de notification préalable. Il n'empêche cependant pas la Commission de superviser les opérations sur le marché et de s'autosaisir lorsqu'elle l'estime nécessaire. Cette saisine peut alors s'effectuer avant ou après que la concentration ait eu lieu. Ainsi, l'OFT doit s'informer des opérations de concentration et mener fréquemment des enquêtes auprès des enquêtes qui ne lui ont pas été notifiées (Laura CARSTENSEN, « *United Kingdom* », in *Merger Control in Europe*, P. VERLOOP et V. LANDES (éd.), 4ème éd., Kluwer Law International, Grande-Bretagne, 2003, p. 409).

¹¹⁴ Suite à une notification volontaire ou suite à une saisie par un tiers ou par elle-même.

¹¹⁵ Jonathan PARKER et Adrian MAJUMDAR, « *UK Merger control* », préc. note 98, p. 184.

ici récupéré, faisant alors un parallèle avec l'article 9 du Règlement 1/2003 en matière de pratiques anticoncurrentielles. Un contrôle en aval permettrait d'avoir une meilleure analyse du marché et donc un meilleur examen de l'efficacité des remèdes, assurant des engagements plus efficaces et plus proportionnés. S'il reste impossible d'écarter tout risque d'erreur dans les décisions, un contrôle *ex post* présente l'avantage d'une meilleure rationalité dans les engagements mais aussi dans l'analyse faite par la Commission. Ainsi, les éventuels gains d'efficacité seraient potentiellement plus facilement acceptés par l'autorité européenne.

La Commission pourrait sanctionner les comportements anticoncurrentiels redoutés dans le contrôle actuel¹¹⁷ en imposant des amendes.¹¹⁸ Ainsi, une concentration posant des problèmes au regard de la structure du marché¹¹⁹ peut être résolue par le biais d'engagements structurels ou comportementaux tandis que les pratiques anticoncurrentielles dont aurait pu se rendre coupable l'entité nouvelle créée seraient sanctionnées par l'imposition d'une amende.

L'impératif de sécurité juridique pour les opérateurs économiques suppose, nous l'avons vu, que ceux-ci connaissent le test qu'appliquera la Commission à leur concentration lors de son analyse. Celle-ci utilise dans son contrôle actuel le test SIEC, qui n'est qu'une « clarification » du système précédent s'intéressant à la création ou au renforcement d'une position dominante.¹²⁰ Les Etats disposant d'un contrôle *ex post*¹²¹ utilisent quant à eux le test SLC (Australie, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni). Le repositionnement du contrôle des concentrations dans l'Union européenne en passant d'un contrôle *ex ante* à un contrôle *ex post* soulève la question de l'analyse substantielle des opérations, renvoyant aux débats ayant eu lieu à l'occasion de la réforme du règlement.¹²² Il ne semble cependant pas que le test appliqué lors de cet examen soit corrélativement lié au type de contrôle.¹²³

¹¹⁶ Contrairement à l'OFT qui ne dispose pas d'un tel pouvoir, *ibid.* p. 216.

¹¹⁷ Par exemple, augmentation des prix, diminution de la quantité, dégradation de la qualité.

¹¹⁸ Hewitt GARY, « 2. Note de référence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2005/2 Vol. 7, p. 94 et 95

¹¹⁹ Par exemple, un marché caractérisé par un manque de transparence ou une concurrence trop faible.

¹²⁰ Maria LITZELL, « *The appraisal of collective dominance under the clarified substantive test of the new EC merger regulation – A step towards greater global convergence of merger control ?* », *ELSA Selected Papers on European Law*, 2005 (1), p. 35.

¹²¹ Selon Laurence IDOT « *Le contrôle ex ante, fondé sur une notification préalable, serait adopté par 45 États. 11 pays auraient un système de notification facultative, 2, un système d'enregistrement. 5 pays auraient à la fois un contrôle préalable et a posteriori et 3 seulement un contrôle ex post.* », Laurence IDOT, « *Le contrôle des concentrations* », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 t. XVI, p. 12.

¹²² Maria LITZELL, « *The appraisal of collective dominance under the clarified substantive test of the new EC merger regulation – A step towards greater global convergence of merger control ?* », *préc. note* 120, p. 40 et 41.

Certaines législations imposent la suspension de l'opération tandis que d'autres permettent une réalisation de l'opération sans attendre la décision de l'autorité de concurrence comme mentionné précédemment. Cependant, cet effet suspensif peut influencer les décisions prises par cette dernière. Ainsi, une notification volontaire à la Commerce Commission en Nouvelle-Zélande en vue d'une autorisation n'est plus possible lorsque l'opération a déjà été réalisée.¹²⁴ Néanmoins, aucune suspension de l'opération n'est exigée. De même, aucune suspension n'est obligatoire en Australie mais l'autorité de concurrence dispose du pouvoir d'exiger celle-ci lorsque des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération sont entrevus.¹²⁵ Il en va de même au Royaume-Uni et au Venezuela. Ainsi, le contrôle *a posteriori* se veut plus flexible que le contrôle *a priori* en ce que la réalisation de l'opération n'empêche pas l'autorité de concurrence d'effectuer son contrôle. Il reste cependant vrai qu'une obligation de suspension est dans l'intérêt des entreprises. Les systèmes britanniques et anglais ne font au final que renforcer l'incertitude des parties, lesquelles risquent de voir leur concentration suspendue.

L'autre aspect de la question relative à la notification concerne la décision finale rendue par la Commission. La législation néo-zélandaise distingue en effet « *clearances* » et « *authorisations* ». La principale différence entre ces deux décisions tient au fait que, dans la dernière, les parties reconnaissent qu'une limitation potentielle de la concurrence peut résulter de l'opération. Dès lors, elles requièrent une « *authorisation* » avec pour objectif de s'assurer de sa compatibilité après avoir démontré la présence d'efficiences à la Commerce Commission.¹²⁶ C'est là une piste intéressante car permettant de faire gagner du temps à la Commission et, finalement, aux parties. Le système australien dispose lui aussi de « *clearances* » et d'« *authorisations* » se distinguant toutefois des décisions présentes dans la législation néo-zélandaise. Tandis que les dernières sont une autorisation à proprement parler de l'opération, les premières ne sont qu'un avis requis par les parties en vue de s'assurer de la conformité de la concentration aux règles de concurrence.¹²⁷ Cet avis ne lie cependant pas l'autorité. L'opportunité de ce type de décision reste à discuter : l'avis rendu ne protégeant pas l'entreprise, sa sécurité juridique ne nous semble pas suffisamment assurée.

¹²³ Les Etats-Unis et le Canada disposant en effet d'un contrôle *ex ante* basé sur le test SLC.

¹²⁴ Commerce Act, Partie III, du 28 avril 1986, 1986 No 5.

¹²⁵ Competition and Consumer Act 2010, Partie VI, sections 80 et suivantes, du 1^{er} janvier 2011, Act No 148 2010.

¹²⁶ Commerce Act, partie III, section 51, préc. note 124.

¹²⁷ Chongwoo CHOE et Chander SHEKHAR, « *Compulsory or voluntary pre-merger notification ? A theoretical and empirical analysis* », préc. note 98, p.6.

d. Les critiques à l'encontre de ce type de contrôle

Le contrôle *ex post* n'entraîne pas automatiquement l'abandon de l'examen contrefactuel d'une opération. Ce contrôle consiste en effet à analyser les effets d'une concentration sur le marché. Une notification volontaire *ex ante* réintroduit par là-même le recours à ce type d'analyse. De même, un contrôle *a posteriori* suite à une plainte d'une entreprise tierce ou d'une autosaisine par la Commission suppose de comparer la situation actuelle avec ce qu'elle serait sans concentration, revenant en somme à « *envisager un futur alternatif* ». ¹²⁸ Il est vrai que la chose est plus aisée que lors d'un examen prospectif mené à l'occasion d'un contrôle *ex ante* car l'on peut comparer plus facilement la situation actuelle avec ce qu'elle était avant la concentration. Le contrefactuel mené *ex post* à l'occasion d'une concentration se distingue alors de celui mené habituellement par la Commission en matière de pratiques anticoncurrentielles, où celle-ci doit à l'occasion de ces dernières élaborer des hypothèses « *intrinsèquement plus spéculatives* » en devant recréer une situation de fait qui n'a jamais existé. ¹²⁹ Le contrôle *ex post* d'une concentration compare deux situations ayant existé.

Ceci suppose cependant que les conditions de concurrence soient restées les mêmes. Le contrôle peut alors se révéler plus difficile si, par exemple, de nouveaux concurrents ou de nouveaux produits sont entre temps apparus. Ainsi, l'examen commande de recréer de manière théorique et non plus empirique un marché en tenant compte de ces nouveaux éléments. La problématique est semblable à celle identifiée par la Commission dans ses lignes directrices lorsqu'elle énonce que « *dans certaines circonstances, la Commission peut être amenée à tenir compte de l'évolution future du marché qui est raisonnablement prévisible. Elle peut en particulier, lorsqu'elle recherche quels sont les meilleurs termes de la comparaison, tenir compte des probabilités d'entrée sur le marché ou de sortie de celui-ci si l'opération n'avait pas lieu.* » ¹³⁰ La Competition Commission fut confrontée à pareille situation à l'occasion de la concentration *Ticketmaster/Live Nation*. ¹³¹ Elle dut en effet mener une analyse prospective post-concentration en raison d'un accord conclu avant cette dernière avec une entreprise tierce visant à faciliter son entrée sur le

¹²⁸ Damien GÉRADIN et Ianis GIRGENSON, « *The counterfactual method in EU competition law : the cornerstone of the effects-based approach* », 11 décembre 2011, p.12. <http://ssrn.com/abstract=1970917>.

¹²⁹ *Ibid.* p. 12 et 18.

¹³⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C31 du 5 février 2004, p. 5 à 18, pt 9.

¹³¹ Competition Commission, *Ticketmaster/Live Nation* du 7 mai 2010.

marché britannique et qui pouvait se trouver remis en cause par l'opération.¹³² Dès lors, l'analyse contrefactuelle se trouve être à nouveau au centre du contrôle et le risque d'erreur réintroduit.

Toutefois, le contrôle *ex post* peut s'avérer plus apte à appréhender une situation future que le contrôle *ex ante*. La concentration *Greif/Blagden*¹³³ fut contrôlée par la Competition Commission après que l'opération soit réalisée, ce qui permis à l'examen contrefactuel de mettre en avant le fait que, bien que certains éléments laissaient supposer que le produit de l'opération se révélait fortement anticoncurrentiel, la concentration avait eu pour effet de forcer la concurrence à réagir rapidement par l'introduction de nouveaux produits aptes à concurrencer ceux de la nouvelle entité.¹³⁴

Par ailleurs, le contrôle *a posteriori* pose la question des concentrations qui auraient dû être prohibées mais qui ont réussi à passer hors du radar de la Commission. Pareilles opérations pourraient être sanctionnées d'une amende conséquente afin de punir le comportement répréhensible des entreprises. De même, des engagements pourraient être proposés par celles-ci en vue de corriger la concentration. Néanmoins, il n'est pas certain que l'amende soit la meilleure solution lorsque l'opération est hautement sensible. Elles sont certes aptes à mettre fin à un comportement mais elles ne sont pas aptes à corriger un problème structurel. Il s'agit finalement de la sanction de la non-notification. Sur ce point, les engagements se trouvent eux aussi limités lorsque le seul remède serait la déconcentration de l'entité. On voit ici toute la complémentarité entre les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations *ex ante*.

Le système actuel des renvois semble à première vue compatible avec un contrôle *ex post* à l'échelle européenne. Ceux-ci étant facultatifs, l'affaire peut être élevée au niveau de l'Union, qui retrouverait alors un contrôle *ex ante*. Cela n'est en réalité pas si évident. En effet, la majorité des Etats en Europe et dans le monde disposent d'un contrôle *ex ante*.¹³⁵ Supprimer la notification obligatoire au niveau européen reviendrait à rendre automatiquement applicable les droits nationaux, obligeant les

¹³² Gunnar NIELS, Helen JENKINS et James KAVANAGH, « *Economics for competition lawyers* », préc. note 108, p. 340.

¹³³ Competition Commission, *Greif Inc/Blagden Packaging Group*, 17 août 2007.

¹³⁴ Gunnar NIELS, Helen JENKINS et James KAVANAGH, « *Economics for competition lawyers* », préc. note 108, p. 340.

¹³⁵ Selon Laurence IDOT « *Le contrôle ex ante, fondé sur une notification préalable, serait adopté par 45 États. 11 pays auraient un système de notification facultative, 2, un système d'enregistrement. 5 pays auraient à la fois un contrôle préalable et a posteriori et 3 seulement un contrôle ex post.* », Laurence IDOT, « *Le contrôle des concentrations* », préc. note 121, p. 12.

parties à élever le cas devant la Commission dès que celui-ci deviendrait transfrontière.

En outre, le fait de placer au niveau de l'Union européenne un contrôle *a posteriori* réduit le rôle prééminent de la Commission dans le contrôle des concentrations à l'échelle européenne. Les opérations les plus importantes et, partant, les plus potentiellement nocives se trouvent soustraites à son contrôle automatique du fait de l'application des droits nationaux. Ainsi, outre le risque de décisions contradictoires que cela fait peser sur le monde des affaires, cette perte de prégnance de la Commission dans les concentrations ne va pas dans le sens d'une meilleure protection du consommateur européen. Seule une politique particulièrement interventionniste de la Commission permettrait d'assurer ce niveau de protection, revenant alors *de facto* à un quasi-contrôle *ex ante*.

L'insécurité découlant du risque de décisions contradictoires est alors très grande pour les parties en raison de cet éclatement de législations compétentes. Celles-ci n'apprécient en effet pas toutes les concentrations à l'aune du même outil.¹³⁶ La même problématique s'applique à l'échelle mondiale, même si l'on peut noter que « *ces différences dans la conception même du contrôle ne font pas obstacle au fonctionnement du système au niveau global. Des entreprises qui réalisent une opération transnationale identifieront les pays dans lesquels le contrôle sera obligatoire et s'interrogeront sur l'opportunité de notifier dans les autres pays où la notification préalable n'est que facultative.* »¹³⁷ C'est donc finalement l'articulation avec les systèmes prévoyant un contrôle *a priori* qui est le plus problématique. S'il est vrai que la question se pose, comme le note Laurence Idot, dans une moindre mesure au niveau horizontal (international), elle empêche tout contrôle *ex post* sur un plan vertical (européen).

V. CONCLUSION : DE L'IMPORTANCE DE LA PRE-NOTIFICATION

L'autorisation inconditionnelle en phase II n'est, finalement, que le produit du système instauré par le règlement 139/2004. La Commission use de l'article 8§1 afin de s'assurer de la compatibilité d'une concentration avec le marché intérieur. L'accroissement du nombre de ce type de décisions ces dernières années ne résulte, en réalité, d'aucune tendance mais est simplement la conséquence d'un

¹³⁶ Par exemple, le Royaume-Uni utilise le même test qu'aux Etats-Unis (*SLC test*) tandis que l'Allemagne se réfère à la création ou au renforcement d'une position dominante et que la Commission utilise le *SIEC test*.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 13.

examen au cas par cas des opérations par la Commission. C'est la complexité de l'opération, la mauvaise connaissance du marché par la Commission ou encore le fait que celle-ci ait lieu dans un marché « à risque » qui a fait que la Commission a jugé qu'un examen plus approfondi était nécessaire afin de lever tout doute.

Toutefois, ce sont des raisons procédurales et tenant à la motivation des décisions qui amènent la Commission à statuer en phase II. Si elle ne fait que se conformer au règlement, c'est en réalité en raison du délai trop bref de la phase I que la décision doit se faire au terme de la seconde phase. Le rôle croissant donné à l'analyse économique rend alors difficile pour la Commission de respecter ce délai. La logique de la phase II se trouve alors remise en cause en servant, somme toute, d'extension de la phase I afin de permettre à la Commission de continuer ce qu'elle n'a pu mettre en oeuvre au cours de la phase précédente. Le passage à la seconde phase est alors motivé moins par d'éventuels « doutes sérieux » sur la compatibilité de la concentration¹³⁸ que par un délai trop court en phase I, inadapté à l'opération notifiée et aux exigences pesant sur la Commission. L'article 8§1 est ainsi l'articulation nécessaire au bon fonctionnement du système établi par le règlement 139/2004 en ce sens qu'il permet à la Commission de finir son travail, fut-ce dans des conditions plus contraignantes. Il s'agit là de la solution en dernier recours, l'aveu de l'imperfection du règlement ou le filet de sécurité nécessaire afin de permettre un juste contrôle de l'opération.

Nous avons alors posé la question de la nécessité de modifier le système actuel dans un but de simplification pour les entreprises et la Commission. Différentes options sont alors envisageables. La première vise à étendre la procédure tandis que la seconde consiste en une meilleure allocation des moyens de la Commission. Nous avons enfin étudié la question du passage d'un contrôle des concentrations *ex ante* à un contrôle *ex post*. S'il s'agit, selon nous, de la meilleure solution permettant d'éviter que des concentrations n'aient à subir indument la lourdeur de la phase II, nous avons vu qu'elle n'est pas sans soulever quelques questions et que son principal défaut réside dans la cohabitation avec des systèmes *ex ante*.

Finalement, chaque solution semble avoir des inconvénients difficilement surmontables. Le meilleur conseil que nous pouvons alors donner aux entreprises reste, actuellement, de privilégier le dialogue avec la Commission à travers la pré-

¹³⁸ Même si ce type de cas existe.

notification. C'est, semble-t-il, le meilleur moyen, à l'heure actuelle, d'éviter la perte de temps et la charge de travail considérable qu'entraîne un passage en phase II. À titre d'exemple, la concentration entre Microsoft et Yahoo!¹³⁹ fut soldée par une autorisation simple en phase I alors qu'il s'agissait d'une opération sensible faisant passer le nombre de concurrents sur le marché de trois à deux. Néanmoins, suite à un important travail de pré-notification, la Commission a acquis la certitude qu'il s'agissait en réalité d'un renforcement de la concurrence.

Il est vrai qu'une bonne pré-notification permet d'accroître les chances d'une autorisation en phase I.¹⁴⁰ Mais cela suppose un travail important en amont. Ainsi, les entreprises doivent arriver à apporter suffisamment d'éléments de preuve pour convaincre la Commission de la compatibilité de l'opération, celle-ci guidant ainsi la démarche. En effet, les entreprises restent dépendantes de son degré de compréhension de l'opération. Dès lors, elles peuvent devoir fournir un travail considérable en pré-notification pouvant nécessiter plusieurs mois de discussions avec l'autorité européenne. Ainsi, s'il est vrai que la pré-notification complète peut s'apparenter à une phase II, il n'en reste pas moins que les parties bénéficient de plus de marge de manœuvre dans les pièces à fournir à la Commission tout en n'étant pas encadrée par les délais du règlement. Enfin, l'utilisation de l'article 8§1 par la Commission démontre qu'elle n'a pas une idée arrêtée et qu'il demeure toujours possible pour les entreprises de la faire changer d'opinion.¹⁴¹

¹³⁹ M.5727 *Microsoft/Yahoo! Search Business* du 18 février 2010, non publiée au JO.

¹⁴⁰ Richard WHISH, préc. note 69, p. 859.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 904.



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".

2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".

3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".

4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?"

5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".

6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?"

1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".

2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".

3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).

4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".

5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".

6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".

7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".

1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".

2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?"

3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?"

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?"

6/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Legal Aspects in Establishing the Internal Market for services".

7/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Current Problems of Social Europe".

1/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems".

2/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty".

3/2008, Takis Tridimas and José A. Gutiérrez-Fons, "EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?"

4/2008, Ludwig Krämer, "Environmental judgments by the Court of Justice and their duration".

5/2008, Donald Slater, Sébastien Thomas and Denis Waelbroeck, "Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?".

1/2009, Inge Govaere, "The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order".

2/2009, Vassilis Hatzopoulos, "Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services".

3/2009, Dominik Hanf, "L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale".

1/2010, Vassilis Hatzopoulos, "Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?"

2/2010, Vassilis Hatzopoulos & Hélène Stergiou, "Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice"

3/2010, Dominik Hanf, "Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale - L'apport de l'arrêt « rétention des données » et de la décision « Honeywell » du BVerfG"

1/2011, Nicoleta Tuominen, "Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry – Crossroad between Patent Law and Competition Policy"

2/2011, Dominik Hanf, "The ENP in the light of the new "neighbourhood clause" (Article 8 TEU)"

3/2011, Slawomir Bryska, "In-house lawyers of NRAs may not represent their clients before the European Court of Justice - A case note on UKE (2011)"

4/2011, Ann Fromont et Christophe Verdure, "La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?"

5/2011, Luca Schicho, "Legal privilege for in-house lawyers in the light of AKZO: a matter of law or policy?"

6/2011, Vassilis Hatzopoulos, "The concept of 'economic activity' in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts"

1/2012, Koen Lenaerts, "The European Court of Justice and Process-oriented Review"

2/2012, Luca Schicho, "Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?"

3/2012, Jeno Czuczai, "The autonomy of the EU legal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice"

4/2012, Ben Smulders and Katharina Eisele, "Reflections on the Institutional Balance, the Community Method and the Interplay between Jurisdictions after Lisbon"

5/2012, Christian Calliess, "The Future of the Eurozone and the Role of the German Constitutional Court"

1/2013, Vassilis Hatzopoulos, "La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles"

2/2013, George Arestis, "Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective"

3/2013, George Nicolaou, "The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights"

4/2013, Jean Sentenac, "L'autorisation inconditionnelle en phase II - De l'imperfection du règlement 139/2004"